

# НА ДОПОМОГУ ПРАКТИКУЮЧИМ ЮРИСТАМ

## НАУКОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ТЛУМАЧЕННЯ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

### I. Зміст запиту

До кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка надійшло звернення судді Верховного Суду України М. Є. Короткевича про надання наукового висновку щодо тлумачення окремих положень Кримінального процесуального кодексу України, а саме відповідей на такі запитання:

1. Чи є неналежна перевірка доказів на предмет їх допустимості порушенням щодо законності, обґрунтованості та вмотивованості судових рішень у випадку відсутності рішень про проведення контролю за вчиненням злочину та ухвал слідчого судді щодо проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих розшукових дій у матеріалах кримінального провадження?

### II. Юридичні підстави для надання наукового висновку:

– звернення судді Верховного Суду України М. Є. Короткевича від 01.10.2015 р.;

– Статут Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

### III. В процесі підготовки наукового висновку вивчались такі законодавчі акти та інші правові джерела:

– Конституція України;

– Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI (далі по тексту – КПК України);

– Відомча нормативно-правові акти з питань проведення негласних слідчих

(розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів;

– ЗВДТ (наказ СБУ 440);

– Практика Конституційного Суду України;

– Судова практика;

– Наукові джерела з питань дослідження.

### IV. Опис наукового дослідження

Надання наукового висновку полягає у здійсненні дослідження, аналізу та доктринального тлумачення положень правових актів чинного законодавства України для науково-правового обґрунтування окремих питань правильного застосування положень КПК України щодо законності, обґрунтованості та вмотивованості судових рішень на підставі доказів, отриманих за результатами НСРД та ОРЗ.

Запитання, поставлені замовником наукового висновку, умовно можна розділити на дві групи:

1) щодо обов'язковості наявності в матеріалах кримінального провадження постанов прокурора та ухвал слідчого судді про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів та правових наслідків відсутності таких процесуальних документів у матеріалах кримінального провадження;

2) щодо впливу вище встановлених правових наслідків на законність, обґрунтованість та вмотивованість судового рішення, прийнятого на під-

ставі доказів, отриманих за результатами негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів, щодо проведення яких відсутні відповідні дозвільні процесуальні документи у матеріалах кримінального провадження.

**1. Щодо правових підстав проведення негласних слідчих (розшукових) дій, зокрема, контролю за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України), та правових наслідків відсутності у матеріалах кримінального провадження відповідних дозвільних процесуальних документів (постанови прокурора) на їх проведення.**

Відповідно до ч. 4 ст. 246 КПК України виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення контролю за вчиненням злочину. Згідно п. 2.1. Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні рішення про проведення негласної слідчої (розшукової) дії прокурор викладає в постанові, яка має відповідати вимогам ст.ст. 246, 251 КПК України, а також вимогам ч. 7 ст. 271 КПК України, що полягають у зобов'язанні прокурора у рішенні про проведення контролю за вчиненням злочину викласти обставини, які свідчать про відсутність під час контролю за вчиненням злочину провокування особи на вчинення злочину, а також зазначити про застосування спеціальних імітаційних засобів.

Відповідно до положень ч. 1 ст. 94 КПК України слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Згідно з ч. 1 ст. 86 КПК України доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому КПК України.

На наше переконання, у випадку відсутності у матеріалах кримінального провадження постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину суд не може встановити, чи є результати проведення НСРД – контролю за вчиненням злочину – допустимими доказами.

Слід акцентувати увагу на тому, що відсутність постанови про проведення контролю за вчиненням злочину у наданих суду матеріалах кримінального провадження, не дають можливість суду і сторонам кримінального провадження оцінити законність та обґрунтованість проведення НСРД й правомірність обмеження прав та свобод людини в ході її проведення, а протоколу НСРД – як допустимого доказу у кримінальному провадженні.

За умов відсутності постанови про проведення контролю за вчиненням злочину у матеріалах кримінального провадження суд та сторони кримінального провадження позбавлені можливості перевірити підстави проведення контролю за вчиненням злочину, а також чи дотримано прокурором умов здійснення такої НСРД, а саме чи викладені у постанові прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину обставини, які свідчать про відсутність під час контролю за вчиненням злочину провокування особи на вчинення злочину, а також зазначено у ній про застосування спеціальних імітаційних засобів, як це встановлено ч. 7 ст. 271 КПК України.

Відповідно до ст. 87 КПК України недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази,

здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

В ч. 2 ст. 87 КПК України викладено підстави, за наявності яких суд зобов'язаний визнати доказ недопустимим, а саме: здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов (п. 1).

На вказані обставини наголошено в п. 3 Рішення Конституційного Суду України № 12-рп/2011 року, відповідно до якого «визнаватися допустимими і використовуватися як докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства».

На підставі аналізу положення частини третьої статті 62 Конституції України «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом» Конституційний Суд України прийшов до висновку, «що обвинувачення у вчиненні злочину не може бути обґрунтоване фактичними даними, одержаними в незаконний спосіб, а саме: з порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина; з порушенням встановлених законом порядку, засобів, джерел отримання фактичних даних; не уповноваженою на те особою тощо» (п. 3.2. Рішення Конституційного Суду України № 12-рп/2011 р.)

Отже, для того, щоб суд мав можливість перевірити доказ на предмет його допустимості (наприклад, обставини, викладені в протоколі про проведення контролю за вчиненням злочину), в матеріалах кримінального провадження мають бути також наявні постанови про проведення контролю за вчиненням злочину, з яких у встановленому порядку уповноваженими особами знятий гриф таємності.

На користь того, що суд та сторони кримінального провадження, у разі не-

обхідності, повинні мати можливість досліджувати постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину, свідчать матеріали практики.

Так, результати проведеного нами аналізу дають підстави для висновку, що у практичній діяльності мають місце непоодинокі випадки, коли суду та стороні захисту з матеріалів кримінального провадження відомі обставини проведення лише одного контролю за вчиненням злочину, а в дійсності правоохоронними органами проводилося декілька таких НСРД (контроль за вчиненням злочину), однак протокол складений виключно про проведення тієї НСРД, мета якої, на погляд сторони обвинувачення, досягнута. Наприклад, в ході проведення НСРД (контролю за вчиненням злочину) особа відмовилась отримувати неправомірну вигоду. Тоді прокурором виносяться інша постанови про проведення контролю або вносяться зміни до тієї самої постанови щодо залучення іншого агента, на підставі якої контроль проводиться повторно із застосуванням провокації, або ж за однією постановою прокурора на проведення певного контролю за вчиненням злочину, проводиться декілька НСРД до досягнення мети цього заходу без відома прокурора, що у кожному із наведених прикладів є грубим порушенням закону. При цьому інформація про проведення декількох НСРД не надається, а до матеріалів кримінального провадження в якості доказу залучається протокол про проведення реалізованого контролю за вчиненням злочину, який на наш погляд, не є допустимим.

Слід звернути увагу на те, що не зняття грифу таємності з постанови прокурора про проведення контролю за вчиненням злочину чи з рішення слідчого судді про проведення відповідних НСРД чи ОРЗ на практиці є не виправданим й таким, що не відповідає засадам доказового права України,

ускладнює, а інколи й унеможлиблює здійснити перевірку законності формування доказу, отриманого на підставі НСРД та ОРЗ, й оцінити його судом та сторонами кримінального провадження за критеріями, визначеними КПК України.

Відмова окремих уповноважених суб'єктів кримінального процесу у знятті грифу таємності із зазначених процесуальних рішень прокурора та слідчого судді з посиланням на те, що в них розкриваються:

а) відомості про зміст, форми, методи, організаційні положення, оперативну тактику НСРД та ОРЗ, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці (п. 4.4.1 ЗВДТ);

б) відомості про організацію, завдання, результати оперативно-розшукової діяльності, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці (п. 4.4.3 ЗВДТ);

в) відомості про зміст, організацію, результати здійснення комплексу або окремого ОРЗ чи НСРД, що здійснюється для пошуку і фіксації фактичних даних про вчинення особливо тяжких або тяжких та інших злочинів, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці (п. 4.4.3 ЗВДТ), на наш погляд, є необґрунтованою, оскільки у дійсності, виходячи з результатів проведеного нами аналізу таких процесуальних рішень прокурора та слідчого судді, зазначені відомості не містяться і не повинні міститися.

Зазначеним процесуальним рішенням прокурора та слідчого судді на проведення відповідних НСРД та ОРЗ повинен надаватися гриф таємності на підставі п. 4.4.9 ЗВДТ, оскільки у цих процесуальних актах містяться відомості, що дають змогу ідентифікувати конкретний об'єкт, стосовно якого здійснюється або планується здійснювати оперативно-розшуковий захід чи НСРД, розголошення яких створює загрозу національним інтересам і безпеці, щодо об'єктів, відомості НСРД чи ОРЗ, що здійснюється для

пошуку і фіксації фактичних даних про вчинення особливо тяжких або тяжких злочинів; відомості НСРД чи ОРЗ, що здійснюється для пошуку і фіксації фактичних даних про вчинення інших злочинів, які після їх проведення втрачають таємність.

Виходячи із зазначеного із процесуальних рішень прокурора та слідчого судді на проведення вказаних НСРД та ОРЗ повинен зніматися гриф таємності або після їх проведення, або перед відкриттям матеріалів кримінального провадження іншій стороні (ст. 290 КПК України).

**2. Щодо питання, чи є неналежна перевірка доказів на предмет їх допустимості порушенням щодо законності, обґрунтованості та вмотивованості судового рішення у випадку відсутності рішень про проведення контролю за вчиненням злочину та ухвал слідчого судді щодо проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих розшукових дій у матеріалах кримінального провадження.**

Вважаємо, що неналежна перевірка доказів на предмет їх допустимості є порушенням вимог ч. 2 ст. 370 КПК України (обґрунтованість рішення), якою закріплено, що обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 КПК України.

З огляду на вказані обставини, враховуючи засади презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини (п. 10 ч. 1 ст. 7, ст. 17 КПК України), що полягають у тому, що всі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи (ч. 4 ст. 17 КПК України), в ході оцінки допустимості наданих доказів – результатів НСРД, суд зобов'язаний перевірити підстави (та умови) проведення НСРД, за результатами проведення яких отримано фактичні дані, що є змістом наданих доказів.

**На думку авторів цього висновку, на поставлені замовником висновку запитання слід відповісти таким чином:**

*(1) Чи є неналежна перевірка доказів на предмет їх допустимості порушенням щодо законності, обґрунтованості та вмотивованості судових рішень у випадку відсутності рішень про проведення контролю за вчиненням злочину та ухвал слідчого судді щодо проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих розшукових дій у матеріалах кримінального провадження?*

Відсутність у матеріалах кримінального провадження рішень про проведення контролю за вчиненням злочину та ухвал слідчого судді щодо проведення оперативно-розшукових заходів і негласних слідчих розшукових дій тягне за собою визнання результатів прове-

дення цих заходів (НСРД та ОРЗ) недопустимими доказами у кримінальному провадженні. Відповідні судові рішення, прийняті на підставі цих недопустимих доказів, не є обґрунтованими.

**Погорецький М. А.,**  
доктор юридичних наук, професор,  
Заслужений діяч науки і техніки  
України

**Сергєєва Д. Б.,**  
доктор юридичних наук,  
старший науковий співробітник

**Татаров О. Ю.,**  
доктор юридичних наук, доцент,  
Заслужений юрист України